

Wyrok

z dnia 19 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 19 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2013 r. przez wykonawcę

Sevitel Sp. z o.o. , ul.Leopolda 29, 40-189 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **Kopalnię Soli Bochnia Sp. z o.o., ul. Campi 15, 32-700 Bochnia,**

przy udziale wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Sevitel Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sevitel Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Kopalnia Soli Bochnia Sp. z o.o. (dawniej: Przedsiębiorstwo Państwowe Kopalnia Soli „Bochnia”) z siedzibą w Bochni prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Wykonanie instalacji oświetlenia podstawowego i ewakuacyjnego w wybranych wyrobiskach dołowych zakładu górniczego Kopalnia Soli „Bochnia” - etap IV, oznaczenie sprawy 16/2013.

SEVITEL Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (odwołujący) zarzucił zamawiającemu niezgodność z przepisami ustawy czynności badania i oceny ofert, zaniechanie wezwania Control Process S.A. do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zaniechanie wykluczenia Control Process S.A. z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów

1. art. 26 ust. 4 i art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 26 ust. 2a ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Control Process S.A. do złożenia wyjaśnień odnośnie sumy gwarancyjnej, jaką objęty jest ten wykonawca w ramach ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, udokumentowanego polisą załączoną do oferty, oraz zasad funkcjonowania tego ubezpieczenia,

2. art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 26 ust. 2a ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Control Process S.A. do przedłożenia dokumentu jednoznacznie potwierdzającego, że Control Process S.A. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w wysokości co najmniej 100 000 zł, mimo że dokumenty załączone przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej nie potwierdzają, iż Control Process S.A. posiada aktualną polisę, w ramach której jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 100 000 zł,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 26 ust. 2a, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Control Process S.A. z postępowania i

odrzućenia jego oferty, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. że posiada aktualną polisę, w ramach której jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 100 000 zł, 4. art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Control Process S.A., mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzućeniu.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zgodnie z punktem 5.1.4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. przedstawienie polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 100 000 zł (sto tysięcy zł). W punkcie 6.1 .e) SIWZ, w celu wykazania spełniania tego warunku Zamawiający wymagał złożenia w ofercie aktualnej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 100 000 zł (sto tysięcy zł). Control Process S.A. przedstawił wraz z ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 019-13-430-05895204 wystawioną przez TUiR Allianz Polska S.A. z sumą gwarancyjną w kwocie 30.400.000 zł na jeden i na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia z tytułu szkód rzeczowych lub osobowych. Zgodnie z informacjami zawartymi na pierwszej stronie polisy podmiotami ubezpieczonymi w ramach polisy są ubezpieczający Control Process S.A. oraz 11 innych spółek powiązanych z Control Process S.A. Pozostałe ubezpieczone spółki nie złożyły wraz z Control Process S.A. wspólnej oferty w niniejszym postępowaniu. Przedłożona przez Control Process S.A. polisa ma zatem charakter grupowy (zbiorowy). Polisa ta nie określa jednak, jak funkcjonuje udokumentowane nią ubezpieczenie grupowe, w szczególności, jakie są sumy ubezpieczenia dla poszczególnych ubezpieczonych podmiotów. Do ubezpieczenia znajdują zastosowanie ogólne warunki ubezpieczenia OC zatwierdzone uchwałą zarządu TUiR Allianz Polska S.A. nr 86/2010 oraz klauzule powołane w zakresie ubezpieczenia. OWU są dostępne na stronie internetowej ubezpieczyciela <http://www.allianz.pl/obsługa-i-kontakt/dokumenty/ubezpieczenia,942.html#content-l-1932>.

OWU również nie określają, w jaki sposób funkcjonuje ubezpieczenie grupowe, w szczególności, jakie są sumy ubezpieczenia dla poszczególnych ubezpieczonych podmiotów. W braku odmiennych postanowień polisy i ogólnych warunków ubezpieczenia

przyjąć należy, że suma ubezpieczenia jest jedna, wspólna dla wszystkich ubezpieczonych podmiotów. Wyczerpanie sumy ubezpieczenia przez jeden lub kilka z tych podmiotów oznacza, iż Control Process S.A. może wcale nie być ubezpieczony na wymaganą przez Zamawiającego sumę. Zgodnie z wyrokami KIO z 28 października 2011 r. sygn. akt: KIO 2222/11; KIO 2223/11 oraz z 10 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 896/13 w przypadku posłużenia się w zamówieniach publicznych polisą grupową, obejmującą kilka podmiotów, z których tylko jeden składa ofertę, z dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie i bezspornie, iż dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego minimalną sumę gwarancyjną. „Równocześnie za niezgodne z istotą celu polisy jako potwierdzenia zdolności ekonomicznej Wykonawcy byłoby przyjęcie, iż prawidłowym jest ubezpieczenie, w którym kilka czy kilkanaście podmiotów objętych jest jedną łączną sumą gwarancyjną spełniającą wymóg SIWZ, konkurując między sobą w zakresie ochrony ubezpieczeniowej, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby to Wykonawca był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na określoną przez Zamawiającego kwotę” (KIO 2154/11). Zbiorowy charakter polisy przedstawionej przez Control Process S.A. nie pozwala zatem jednoznacznie ustalić sposobu objęcia ochroną ubezpieczeniową Control Process S.A. Tymczasem Zamawiający powinien mieć pewność, że wykonawca posiada ubezpieczenie z sumą gwarancyjną na wymaganą przez niego kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, Control Process S.A. nie wykazał, że posiada wymaganą polisę. Zamawiający nie wezwał Control Process S.A. do wyjaśnienia treści polisy, w szczególności odnośnie przypadającej na tego wykonawcę sumy ubezpieczenia, oraz do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że Control Process S.A. jest ubezpieczony na kwotę 100 000 zł. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający jest zobowiązany zapewnić, że wszystkie wymagania SIWZ są egzekwowane w sposób jednakowy od wszystkich wykonawców. Zważywszy, że Control Process S.A. nie wykazał spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu, powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający powinien w pierwszej kolejności zbadać, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a jego oferta - odrzuceniu. Dopiero po dokonaniu tych dwóch selekcji Zamawiający może ocenić oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał natomiast oceny oferty, która powinna zostać odrzucona. Wybór jako najkorzystniejszej oferty Control Process S.A., która w ogóle nie powinna być oceniana, został zatem dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy PZP.

W toku rozprawy odwołujący ponownie stwierdził, że z treści polisy nie wynika w sposób jednoznaczny sposób objęcia ochroną ubezpieczeniową podmiotów w niej wskazanych oraz zasady odpowiedzialności. Wskazał na art. 824 par. 1 kc, zgodnie z którym przy braku

odmiennej umowy, suma ubezpieczenia ustalona w umowie stanowi górną granicę odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń.

Złożył do akt OWU OC Alianz (wydruk ze strony internetowej). Wskazał w szczególności na postanowienia § 7 ust. 6 oraz § 8 ust. 2 pkt 4 i podkreślił, że suma gwarancyjna omawianej umowy ubezpieczenia jest jedna i łączna dla wszystkich podmiotów. Zauważył, że Zamawiający nie wymagał dowodu opłacenia składki.

Zamawiający wniósł oddalenie odwołania. Stwierdził, iż nie miał wątpliwości, iż prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie złożonej polisy ubezpieczeniowej zauważył, że Przystępujący jest w niej wskazany jako ubezpieczający, a pozostałe podmioty to współubezpieczeni. Wskazał na sumę gwarancyjną opiewającą na kwotę 30 400 000 zł przy wymogu wykazania się ubezpieczeniem OC w tym postępowaniu na kwotę 100 000 zł. Zauważył, że suma gwarancyjna jest przewidziana na jeden i na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na treść pisemnego stanowiska członków zarządu spółki CONTROL PROCESS, która jest spółką matką w grupie kapitałowej, do której należą m.in. podmioty objęte polisą ubezpieczenia złożoną w postępowaniu. W stanowisku tym oświadczył i wyjaśnił, że kwota 30 400 000 zł polisy jest maksymalną kwotą wypłaty odszkodowania dla każdej spółki wymienionej w polisie niezależnie, co oznacza, iż każda ze spółek posiada w tej wysokości sumę gwarancyjną. Stwierdził, że w okresie obowiązywania tej polisy nie powstały szkody skutkujące wnioskiem o wypłatę odszkodowania i nie istnieją aktualnie takie zagrożenia.

Stwierdził, że żądanie wykluczenia z postępowania jest przedwczesne, a żądanie wyjaśnień bezprzedmiotowe. Zakwestionował walor dowodowy złożonych przez Odwołującego OWU i stwierdził, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powołał art. 809 kc i podkreślił, że suma gwarancyjna wskazana w polisie dotyczy jednego, jak i wszystkich wypadków w okresie ubezpieczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego oraz załączonej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, oraz stanowiska przedstawione do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Przedmiotem rozpatrzenia jest ocena spełnienia przez wybranego wykonawcę (przystępującego) warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.4) specyfikacji

istotnych warunków zamówienia dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, który należało wykazać potwierdzeniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej 100 000 zł. W celu wykazania spełniania tego warunku Zamawiający wymagał złożenia w ofercie aktualnej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w wysokości wyżej wskazanej.

Control Process S.A. przedstawił wraz z ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 019-13-430-05895204 wystawioną przez TUiR Allianz Polska S.A. z sumą gwarancyjną w kwocie 30.400.000 zł na jeden i na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia z tytułu szkód rzeczowych lub osobowych. Podmiotami ubezpieczonymi w ramach polisy są Control Process S.A. jako ubezpieczający oraz 11 innych spółek powiązanych z Control Process S.A. jako współubezpieczeni. Przedłożona polisa, jak słusznie zauważył odwołujący ma zatem charakter grupowy (zbiorowy).

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w poczet materiału dowodowego oświadczenie pisemne złożone przez przystępującego z dnia 18 listopada 2013 r. oraz treść ogólnych warunków ubezpieczenia OC ubezpieczyciela złożone przez odwołującego i uznała te dokumenty za wiarygodne.

W ocenie składu orzekającego opisany dokument polisy ubezpieczenia OC potwierdza fakt objęcia ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej wykonawcy, który złożył ofertę, na kwotę gwarancyjną wielokrotnie przekraczającą wymóg siwz. Istotne jest, że wymóg wykazania określonej sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp) należy potwierdzić zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp nie później niż na dzień składania ofert.

Izba uznaje, że przystępujący wykonawca niespornie potwierdził spełnienie przedmiotowego warunku w terminie wynikającym z ustawy. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne hipotetyczne zdarzenia przyszłe w postaci wypadków skutkujących ewentualną odpowiedzialnością cywilną ubezpieczającego, który jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu lub współubezpieczonych nieuczestniczących w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, nie mają znaczenia dla oceny spełniania powołanego wyżej warunku udziału w postępowaniu. Tym samym powoływane przez odwołującego postanowienia ogólnych warunków ubezpieczenia traktujące o ewentualnym wyczerpaniu sumy gwarancyjnej w wyniku wypłaty świadczeń, górnej granicy odpowiedzialności ubezpieczyciela i wpływie wypłaconych odszkodowań na wysokość sumy gwarancyjnej są z punktu widzenia oceny spełniania omawianego warunku i z uwagi na ich niewystąpienie w sprawie, nieistotne w okolicznościach rozpoznawanych.

W rozpatrywanej sprawie istotne jest ustalenie, iż wykonawca wykazał, że jest objęty umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej tak co do przedmiotu ubezpieczenia, jak i kwoty gwarancyjnej, w dacie składania oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego.

W konsekwencji, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....